

# Ontslag in Nederland en België

Nuna Zekic\*



## 1 Inleiding

Veel arbeidsrechtelijke thema's zijn al enige tijd

onderwerp van discussie in Europa.<sup>1</sup> Een van de manieren om deel te nemen aan die discussie met waardevolle inzichten over het eigen systeem is rechtsvergelijkend onderzoek.<sup>2</sup> Het is echter allerm minst eenvoudig rechtsvergelijking te doen op het gebied van het arbeidsrecht. Dit heeft onder andere te maken met de vele bronnen. Naast wetten zijn in het arbeidsrecht bijvoorbeeld collectieve arbeidsovereenkomsten (cao's) heel belangrijk.<sup>3</sup> De Nederlandse wet definieert de cao als een overeenkomst aangegaan door werkgevers of werkgeversverenigingen en werknemersverenigingen (hierna: de cao-partijen), waarbij voornamelijk of uitsluitend arbeidsvoorwaarden worden geregeld die bij arbeidsovereenkomsten in acht moeten worden genomen.<sup>4</sup> In sommige landen zijn cao's zelfs belangrijker dan wetgeving. Het is om die reden noodzakelijk om bij rechtsvergelijking op het gebied van arbeidsrecht ook andere bronnen dan alleen wetgeving en rechtspraak in het onderzoek te betrekken.

**In sommige landen zijn cao's belangrijker dan wetgeving. Het is om die reden noodzakelijk om bij rechtsvergelijking op het gebied van arbeidsrecht ook andere bronnen dan alleen wetgeving en rechtspraak in het onderzoek te betrekken**

Ongeacht hun belang, ligt het niet voor de hand cao's bij het onderzoek te betrekken. Algemeen wordt aangenomen dat er een verschil is tussen het recht zoals dat 'in de boe-

ken' te vinden is en het recht zoals het in de praktijk werkt. Cao's bevinden zich evenwel daar ergens tussenin. Aan de ene kant zijn het duidelijk rechtsbronnen, aangezien daarin de regels te vinden zijn waaraan werkgevers en werknemers zich moeten houden. De cao-bepalingen werken rechtstreeks door in individuele arbeidsovereenkomsten.<sup>5</sup> Daarmee zijn ze te beschouwen als onderdeel van het recht in de boeken. Aan de andere kant staan cao's zeer dicht bij de praktijk. In Nederland bijvoorbeeld bevatten de cao's geen algemene regels, maar zijn daarin afspraken te vinden van specifieke werkgevers en vakbonden die specifieke groepen werknemers vertegenwoordigen. De inhoud van de bedrijfstak-cao Metalektro zal bijvoorbeeld heel anders zijn dan de inhoud van de bedrijfstak-cao voor de Mode- en Sportdetailhandel.

Toch kan men in het arbeidsrecht niet om cao's heen. Bij bestudering van wettelijke bronnen en jurisprudentie alleen kan een verkeerd beeld ontstaan van de praktijk in een land. In deze bijdrage wil ik het belang van het betrekken van de inhoud van cao's bij rechtsvergelijkend onderzoek op het gebied van arbeidsrecht tonen door de regels omtrent ontslag zoals ze in Nederland en België gelden met elkaar te vergelijken, waarbij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever centraal staat.<sup>6</sup> Naast de wettelijke regels rondom de beëindiging van de arbeidsovereenkomst zal ik dus ook datgene wat de cao-partijen over ontslag afspreken in het onderzoek betrekken. Voor België maak ik gebruik van reeds verricht onderzoek naar de inhoud van cao's. De bronnen die ik raadpleeg zijn dus secundair. Voor Nederland heb ik zelf een aantal cao's geraadpleegd. Die bronnen zijn primair, maar hun aantal is relatief klein. Met deze beperking wordt rekening gehouden in de conclusie.<sup>7</sup> De twee stelsels worden op hoofdpun-

\* Mw. mr. N. Zekic werkt als docent bij het departement Sociaal Recht en Sociale Politiek en als promovenda bij het onderzoeksinstituut ReflexT, beide van de Tilburg Law School.

1 Zie bijv. het groenboek van de Europese Commissie, 'De modernisering van het arbeidsrecht met het oog op de uitdagingen van de 21ste eeuw', COM (2006) 708 def.

2 M. Weiss, 'The Future of Comparative Labor Law as an Academic Discipline and As a Practical Tool', *Comparative Labor Law and Policy Journal* (25) 2005, nr. 1, p. 177-180.

3 Ook andere bronnen kunnen van belang zijn, zoals de ondernemingsreglementen, de conventanten en de gewoonte. Zie bijv. R. Blanpain, 'Comparativism in Labour Law and Industrial Relations', in: R. Blanpain (red.), *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2010, p. 13.

4 Art. 1, lid 1 van Wet CAO.

5 Art. 9 lid 1 jo. art. 12 Wet CAO.

6 Dit artikel handelt in de eerste plaats over individueel ontslag en vooral met betrekking tot de werknemers met een contract voor onbepaalde tijd. Ook de regels m.b.t. het ontslag van overheidspersoneel zijn buiten beschouwing gelaten. Gezien de beperkte ruimte houd ik me bovendien bij de hoofdlijnen. Voor een uitgebreidere uitleg raadpleeg bijv. de in dit artikel aangehaalde literatuur.

ten met elkaar vergeleken. Het gaat niet om het beschrijven van de precieze werking van het ontslagrecht in beide landen, maar om het signaleren van de belangrijkste overeenkomsten en verschillen.

## 2 Gemeenschappelijke uitgangspunten

Beëindiging van de arbeidsovereenkomst wordt ook wel aangeduid met de term 'ontslag'. De term ontslagrecht verwijst doorgaans naar het geheel van regels betreffende de (eenzijdige) beëindiging van de arbeidsovereenkomst. In elk arbeidsrechtelijk systeem zullen deze regels een zeer belangrijke plaats innemen.<sup>8</sup> Het is immers op dit punt dat de belangen van de werkgevers en de belangen van de werknemers aanzienlijk kunnen botsen. De werknemer is doorgaans voor zijn levensonderhoud van zijn baan afhankelijk, terwijl het voor de werkgever belangrijk is dat hij zijn personeelsbestand kan aanpassen aan de behoeften van het bedrijf. Voor beiden zijn de regels die gelden rondom het ontslag dus van groot belang.

## Hoewel het één van de belangrijkste onderwerpen is binnen een arbeidsrechtelijk systeem, heeft ontslag relatief laat enige inbedding gekregen in internationale bronnen

Hoewel het één van de belangrijkste onderwerpen is binnen een arbeidsrechtelijk systeem, heeft ontslag relatief laat enige inbedding gekregen in internationale bronnen. De International Labour Organization (ILO) bijvoorbeeld heeft pas in 1982 een Verdrag over de beëindiging van arbeidsovereenkomsten aangenomen.<sup>9</sup> Dit verdrag benoemt de kernelementen van het ontslagrecht, waaronder het vereiste om een opzegtermijn in acht te nemen, de aanwezigheid van een geldige reden voor ontslag (*valid reason*) en het recht om in beroep te gaan tegen het ontslag. Een ILO-verdrag heeft echter geen directe werking; bovendien hebben zowel Nederland als België dit verdrag niet geratificeerd. Verder kan in dit kader nog artikel 24 van het herzien Europees Sociaal Handvest (ESH) genoemd worden dat voorschrijft dat er een geldige reden moet zijn voor ontslag en dat de ontslagen werknemers recht hebben op afdoende schadevergoeding dan wel een andere vorm van gepast herstel van schade.<sup>10</sup>

Beide landen hebben het ESH geratificeerd, maar België heeft, anders dan Nederland, tot op heden artikel 24 niet willen ratificeren.<sup>11</sup>

Wanneer we tot slot kijken naar EU-regelgeving op dit gebied moeten we constateren dat het ontslagrecht voor het grootste gedeelte nog steeds een nationale aangelegenheid betreft.<sup>12</sup> De EU heeft wel richtlijnen uitgevaardigd die op bepaalde onderdelen van het ontslagrecht van grote invloed zijn. De belangrijkste zijn de Richtlijnen betreffende collectief ontslag, overgang van onderneming en contracten voor bepaalde tijd.<sup>13</sup> De grootste invloed heeft Europa echter gehad op het gebied van gelijke behandeling, dat ook geldt bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst.<sup>14</sup> Een meer omvattende benadering van het onderwerp ontslag op EU-niveau zou zijn grondslag kunnen vinden in artikel 30 van het Handvest van de grondrechten van de EU dat het volgende voorschrijft:

'Every worker has the right to protection against unjustified dismissal, in accordance with Community law and national laws and practices.'<sup>15</sup>

Ook dit artikel houdt echter sterk rekening met de verscheidenheid van nationale gebruiken. Stappen richting de harmonisatie van wat onder *unjustified* ontslag dient te worden verstaan en op welke wijze een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kan eindigen, zijn nog niet genomen.<sup>16</sup>

## 3 Preventieve en repressieve toetsing

Op het eerste gezicht verschillen de stelsels van ontslagrecht in België en Nederland behoorlijk van elkaar. Op basis van een globale bestudering van de wettelijke regels met betrekking tot het ontslag kan het Belgische stelsel als vrij 'soepel' gekarakteriseerd worden, terwijl het Nederlandse stelsel als 'rigide' aangemerkt zou kunnen worden. De termen 'soepel' en 'rigide' verwijzen dan naar hoe gemakkelijk het is om een werknemer te ontslaan. In Nederland moet anders dan in België ontslag vooraf getoetst worden door een onafhankelijke derde. Daarmee heeft Nederland een vrij uniek ontslagstelsel in Europa.<sup>17</sup> Een Nederlandse werkgever kan twee routes bewandelen wanneer hij iemand wil ontslaan: hij kan het UWV Werkbedrijf (hierna: het UWV) vragen om een toestemming te verlenen om de arbeidsovereenkomst op te zeggen of hij kan de kantonrechter verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden.<sup>18</sup> Ingevolge artikel 6 Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen (BBA) toetst het UWV op grond

7 Het eigen onderzoek naar de inhoud van de Nederlandse cao's kan als een eerste verkenning gezien worden. De resultaten ervan moeten eerder als exemplarisch dan als uitputtend gezien worden.

8 Zie bijv. A.T.J.M. Jacobs, *Labour and the Law in Europe*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, p. 69.

9 Verdrag nr. 158 is op 23 november 1985 in werking getreden.

10 Verdrag van de Raad van Europa, gesloten op 3 mei 1996.

11 L. Monserez, 'Het Verdrag van Lissabon: een echte bres in de ontslagmacht van de werkgever?', *Oriëntatie* 2010-4, p. 102. Dit is mogelijk omdat het Handvest uitgaat van een keuzesysteem. Zie I.P. Asscher-Vonk, W.J.P.M. Fase & F.M. Noordam, *H. Bakels. Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 421.

12 C.J. Loonstra, 'Franse toestanden in Nederland? Het ontslagrecht in zicht', AA 2006, p. 412 (AA20060412). Zie ook F. Hendrickx, 'Flexicurity and the EU Approach to the Law on Dismissal', *Tilburg Law Review* (14) 2007, nr. 1&2, p. 90-106.

13 Richtlijn 1998/59/EG, Richtlijn 2001/23/EG en Richtlijn 1999/70/EG.

14 Jacobs 2011, p. 71, bijv. Richtlijn 2000/43/EG en Richtlijn 2000/78/EG.

15 *Unjustified dismissal* wordt in de Nederlandstalige versie als 'kennelijk onredelijk ontslag' aangeduid. Ik ben het met Monserez eens dat het hier vermoedelijk om een vertaalfout gaat, daar 'in andere taalversies van het Handvest (...) geen synoniem van het adjectief <kennelijk> (wordt) gebruikt'; Monserez 2010, p. 105.

16 Loonstra legt uit welke obstakels hieraan kleven, Loonstra 2006, p. 411.

17 Zie bijv. J. Rojot, 'Security of Employment and Employability', in: Blanpain 2010, p. 474.

18 Dit wordt ook wel 'dual ontslagstelsel' genoemd. Zie bijv. C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke thema's*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 371.

van het Ontslagbesluit of de werkgever een 'redelijke grond' voor opzegging heeft. Zegt de werkgever de arbeidsovereenkomst op zonder de toestemming van het UWV, dan is de opzegging vernietigbaar. De kantonrechter toetst op grond van artikel 7:685 BW of er sprake is van een 'gewichtige reden' die de ontbinding rechtvaardigt. Als redelijke grond of gewichtige reden zullen de redenen voor ontslag worden aangemerkt die verband houden met het gedrag van de werknemer of met diens geschiktheid, maar ook met zogenoemde 'bedrijfseconomische redenen'. In het laatste geval is er niets mis met het werk of het gedrag van de werknemer, maar wil de werkgever de werknemer ontslaan omdat hij hem wegens organisatorische of technologische veranderingen in het bedrijf niet meer nodig heeft. Bij ontslag op staande voet, bij ontslag tijdens proeftijd en bij een faillissement is het overigens niet nodig een van deze routes te doorlopen. Ook voor beëindiging met wederzijds goedvinden is geen toestemming nodig.<sup>19</sup> Bij eenzijdige beëindiging zorgt het voorschrift van de geldige reden voor ontslag ervoor dat willekeurige ontslagen of ontslagen op zuiver subjectieve gronden worden voorkomen. Zowel bij de opzeggingsroute als bij de ontbindingsroute wordt het ontslag vooraf getoetst, vandaar dat in dit geval de term 'preventieve toetsing' gebruikt wordt.<sup>20</sup>

### Op basis van een globale bestudering van de wettelijke regels met betrekking tot het ontslag kan het Belgische stelsel als vrij 'soepel' gekarakteriseerd worden, terwijl het Nederlandse stelsel als 'rigide' aangemerkt zou kunnen worden

In België is dit anders. Een Belgische werkgever hoeft op grond van de wet de werknemer slechts ontslag aan te zeggen, dat wil zeggen ter kennis te brengen.<sup>21</sup> Wanneer het ontslag verband houdt met het gedrag van de werknemer of diens geschiktheid, dan hoeft de werkgever het ontslag in beginsel niet te motiveren. In tegenstelling tot wat in Nederland geldt, maar ook in veel andere landen in Europa, bestaat het voorschrift dat er een geldige reden moet zijn voor ontslag in België dus niet.<sup>22</sup> In de literatuur is te lezen dat dit het gevolg is van het principe van de 'ontslag-

macht' dat sterk verankerd is in het Belgische arbeidsrecht.<sup>23</sup> Dat principe houdt in dat zowel de werkgever als de werknemer de mogelijkheid heeft om te allen tijde om welke reden en op welke wijze dan ook de arbeidsverhouding te beëindigen.<sup>24</sup>

### Het Belgisch arbeidsrecht maakt (nu nog) een onderscheid tussen hen die voornamelijk 'met hun handen werken' (werklieden of arbeiders) en hen die 'hoofdarbeid' verrichten (bedienden)

De enige voorwaarde waaraan de werkgever zich moet houden is dat hij het ontslag vooraf aankondigt door de voorgeschreven opzegtermijn in acht te nemen.<sup>25</sup> Hoe lang de opzegtermijn duurt, is een vraag die niet snel beantwoord kan worden. Het Belgisch arbeidsrecht maakt (nu nog) een onderscheid tussen hen die voornamelijk 'met hun handen werken' (werklieden of arbeiders) en hen die 'hoofdarbeid' verrichten (bedienden). Het afschaffen van dit onderscheid tussen werklieden en bedienden staat al een lange tijd ter discussie.<sup>26</sup> Deze discussie is nog steeds zeer actueel, vooral nu het Grondwettelijk Hof afgelopen zomer heeft bepaald dat dit onderscheid in strijd is met het gelijkheidsbeginsel zoals dat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet is opgenomen. Het Hof heeft nog wel een overgangsperiode van twee jaar toegekend, wat betekent dat de Belgische wetgever tot 8 juli 2013 de tijd heeft om het onderscheid op te heffen. Voorlopig geldt dit onderscheid echter nog, wat heeft geresulteerd in fundamenteel anders georganiseerde ontslagbescherming van beide categorieën werknemers. Bijvoorbeeld voor de vraag hoe lang de opzegtermijn duurt, zal men eerst moeten kijken of de betrokken werknemer tot de 'werklieden' of de 'bedienden' hoort. De opzegtermijn voor de werklieden is in principe 28 dagen. Op grond van de wet heeft de Koning echter de bevoegdheid de opzegtermijnen te wijzigen, van welke bevoegdheid in het verleden herhaaldelijk gebruik is gemaakt, waardoor de duur van de opzegtermijnen thans voor een groot aantal werklieden bepaald wordt bij koninklijk besluit en dus niet uniform is.<sup>27</sup> Over het algemeen kan echter gezegd worden dat voor werklieden betrekkelijk korte opzegtermijnen worden gehanteerd,

19 Zie bijv. W.C.L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht* (bewerking W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk), Deventer: Kluwer 2011, p. 342. Zie ook J. van Drongelen e.a., *Individueel arbeidsrecht. Deel 3. Ontslagrecht*, Zutphen: Paris 2009.

20 Het is ook mogelijk om opzegging achteraf door de rechter te laten toetsen: de zogenoemde kennelijk onredelijk ontslagprocedure. Zie hiervoor bijv. Van der Grinten 2011, p. 427-441.

21 Er gelden wel bepaalde vormvereisten bij opzegging; zie art. 37 Arbeidsovereenkomstenwet.

22 R. Blanpain, 'Part I. The Individual Employment Relation', in *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2010, p. 105-254.

23 Monserez 2010, p. 97-110.

24 K. Salomez, 'De rechtspositie van de ontslagmacht', in: M. Rigaux e.a. (red.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 7*, Antwerpen: Intersentia 2005, p. 321-360.

25 Dit geldt dus naast de onder noot 26 vermelde vormvoorschriften.

26 Zie hierover bijv. C. Bosse, 'Van arbeiders en bedienden gesproken ...', in: W. Plessen, H. van Drongelen & F. Hendrickx (red.), *Sociaal recht: tussen behoud en vernieuwing. Liber amicorum voor prof. dr. Antoine Jacobs*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, p. 399-414.

27 Zie art. 59 t/m 61 Arbeidsovereenkomstenwet m.b.t. werklieden.

terwijl bij bedienden vaak langere opzegtermijnen in acht moeten worden genomen die ook nog afhankelijk zijn van de hoogte van het salaris en de anciënniteit.<sup>28</sup>

Wanneer de werknemer meent dat de werkgever misbruik heeft gemaakt van zijn recht om te ontslaan, dan kan de werknemer zijn ontslag aanvechten. In principe is het dan aan de werknemer om te bewijzen dat de werkgever misbruik heeft gemaakt van zijn bevoegdheid om te ontslaan door bijvoorbeeld aan te tonen dat het ontslag een vorm van represaille was en niet in het belang van de onderneming.<sup>29</sup> Hier speelt echter het onderscheid tussen werklieden en bedienden weer een grote rol. De wetgever is de werklieden namelijk tegemoetgekomen door voor hen de figuur van 'willekeurig ontslag' te introduceren. De bewijslast rust in dat geval op de werkgever om aan te tonen dat het ontslag niet willekeurig was.<sup>30</sup> Voor bedienden achtte de wetgever een gelijklopende bepaling overbodig, aangezien zij ten tijde van de wetwijziging al langere opzeggingstermijnen genoten. Een bediende kan wel zijn ontslag aanvechten, maar hij moet zelf bewijzen dat zijn werkgever misbruik heeft gemaakt van zijn recht om te ontslaan. Gezien het feit dat de werkgever het ontslag niet hoeft te motiveren zal dit in veel gevallen niet eenvoudig zijn.

De mogelijkheid om het ontslag aan te vechten op grond van misbruik van recht in combinatie met de regeling inzake willekeurig ontslag leiden tot een inperking van het principe van ontslagmacht. Op die manier vindt de (marginale) toetsing van ontslag in het Belgische systeem dus achteraf plaats, wat ook wel 'repressieve toetsing' wordt genoemd. Het principe van ontslagmacht brengt echter met zich dat alleen schadevergoeding kan worden toegekend als het ontslag ongerechtvaardigd blijkt; wedertewerkstelling behoort in principe niet tot de mogelijkheden. Het ontslag behoudt met andere woorden altijd zijn effect; de relatie is beëindigd.<sup>31</sup>

#### 4 Overeenkomsten en verschillen

Ook al heeft de werkgever in het Nederlandse stelsel wel een geldige reden nodig voor ontslag, dat wil mijns inziens niet zeggen dat het Nederlandse ontslagrecht de ontslagmacht in het geheel niet erkent. Ook het Nederlandse stelsel erkent – zij het meer impliciet – dat de werkgever het recht heeft om zijn bedrijf zo in te richten als hij zelf wil. De werkgever mag beslissen wie hij wil aannemen en wie hij wil ontslaan. Ook in Nederland kan een arbeids-

overeenkomst voor onbepaalde tijd beëindigd worden, mits de voorgeschreven procedure wordt gevolgd. De Nederlandse werkgever kan zich op grond van artikel 7:685 eerste lid BW *te allen tijde* tot de kantonrechter wenden met een verzoek tot ontbinding. De wet schrijft verder voor dat elk beding waarbij deze bevoegdheid wordt uitgesloten of beperkt, nietig is.

Voor het Nederlandse systeem kan weliswaar gezegd worden dat bij ontslag een preventieve toetsing plaatsvindt, maar hoe met die toetsing wordt omgegaan is een andere vraag. Een geldige reden voor ontslag wordt zeker niet alleen in uitzonderlijke situaties aangenomen. Verschillende omstandigheden die aanleiding kunnen geven tot de beëindiging van de arbeidsrelatie worden aangemerkt als een geldige reden voor ontslag. Zo kan een 'verstoorde arbeidsrelatie' als een redelijke aanleiding voor ontslag aangemerkt worden. De kantonrechter geniet bovendien een grote vrijheid om te bepalen of er sprake is van een gewichtige reden. De wet schrijft voor dat bij een 'verandering van omstandigheden' sprake kan zijn van een gewichtige reden voor ontbinding. In de rechtspraak heeft dit zich ontwikkeld tot een verzamelplaats van alle mogelijke situaties. Onderzoek laat zien dat een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de rechter zelden wordt afgewezen en ook het UWV verleent in de meeste gevallen toestemming voor opzegging.<sup>32</sup>

### Voor het Nederlandse systeem kan weliswaar gezegd worden dat bij ontslag een preventieve toetsing plaatsvindt, maar hoe met die toetsing wordt omgegaan is een andere vraag

Aan de andere kant wordt in België het principe van de ontslagmacht ingeperkt doordat er allerlei uitzonderingen op de werking ervan zijn aangebracht. Op het principe dat de werkgever ontslag niet hoeft te motiveren geldt een uitzondering wanneer het een ontslag om dringende reden betreft; in dat geval moet de werkgever de reden voor ontslag binnen drie dagen na ontslag meedelen.<sup>33</sup> Ook bij het ontslaan van OR-leden moet de werkgever de arbeidsrechtbank of het overlegorgaan tussen werkgevers en werknemers overtuigen dat er sprake is van een dringende reden dan wel een bedrijfseconomische reden. Verder

28 Zie art. 82 Arbeidsovereenkomstenwet m.b.t. bedienden. Onderscheid op basis van het salaris heeft geleid in een subverdeling in 'lagere', 'hogere' en 'hoogste' bedienden.

29 Bosse 2011, p. 409.

30 Artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet beschrijft 'willekeurig afdanken' als 'het ontslag van een werkmans die is aangeworven voor een onbepaalde tijd, om redenen die geen verband houden met de geschiktheid of het gedrag van de werkmans of die niet berusten op de noodwendigheden inzake de werking van de onderneming, de instelling of de dienst'. Aan de hand van deze regeling heeft de wetgever voor werklieden het vereiste van het bestaan van een 'geldige reden' voor ontslag geïntroduceerd.

31 Monserez 2010, p. 98.

32 De kantonrechter ontbindt de overeenkomst in de meeste gevallen. In 2010 was in 29% van de gepubliceerde ontbindingsbeschikkingen het ontbindingsverzoek afgewezen. P. Kruit & C.J. Loonstra, 'Statistiek Ontbindingsvergoeding 2010: the year after', *ArbeidsRecht* 2011-5, p. 7-21. Ik verwacht dat het werkelijke percentage afgewezen verzoeken lager is, aangezien de afwijzingen schaarser zijn en daarom eerder worden gepubliceerd. Ook het UWV weigert de ontslagvergunning slechts in een klein aantal gevallen. Zo werd in 2009 76% van alle ontslagaanvragen verleend, 8% werd geweigerd en 16% werd ingetrokken, zie *Jaarrapportage Ontslagstatistiek 2009*, bijlage bij brief van Minister van SZW d.d. 16 juni 2010.

33 Art. 35 lid 4 en 5 Arbeidsovereenkomstenwet.



zijn in België net zoals in Nederland bepaalde motieven die aan het ontslag ten grondslag kunnen liggen wettelijk uitgesloten. In beide landen heeft de wetgever bepaalde categorieën werknemers met een kwetsbare positie bijzondere bescherming verleend. Net zoals in de meeste landen heeft de wetgever in België erkend dat de werknemer in bepaalde, specifieke omstandigheden een verhoogd risico kan lopen om te worden ontslagen, zoals in het geval dat de werkneemster zwangerschaps- en bevallingsverlof heeft opgenomen.<sup>34</sup> In deze gevallen heeft de wetgever weer de bewijslast omgekeerd en is het aan de werkgever om aan te tonen dat het ontslag geen verband hield met deze ‘verboden’ gronden. Veel schrijvers zijn van mening dat er op deze manier wel degelijk van specifieke beperkingen op de werking van de ontslagmacht gesproken kan worden.<sup>35</sup>

De twee systemen liggen dus niet zo ver van elkaar als op het eerste gezicht lijkt. Feit blijft echter dat in Nederland de werkgever eerst toestemming moet hebben om de arbeidsovereenkomst op te zeggen en dat de toetsing van de redenen nog voor het ontslag plaatsvindt, terwijl dit in België pas achteraf gebeurt *als* de werknemer zijn ontslag aanvecht. Bovendien hoeft de Belgische werkgever het ontslag in beginsel niet te motiveren, wat uiteraard de betwisting moeilijker maakt. De Nederlandse wet bepaalt daarentegen dat degene die de arbeidsovereenkomst opzegt verplicht is om aan de wederpartij schriftelijk opgave van de reden van opzegging te geven indien laatstgenoemde daar om vraagt.<sup>36</sup>

## De twee systemen liggen niet zo ver van elkaar als op het eerste gezicht lijkt

### 5 Contractuele bescherming tegen ontslag

Een verdere nuancering kan worden aangebracht bij de uitleg van de werking van de ontslagstelsels in deze landen. Er bestaat namelijk nog een manier waarop de ontslagmacht van de werkgever beperkt kan worden en dat is bij overeenkomst. Werkgevers en werknemers kunnen zelf afspraken maken over de voorwaarden waaronder de arbeidsovereenkomst mag worden beëindigd. Deze afspraken kunnen ten gunste van de werknemer afwijken van de wettelijke regels. In de literatuur kan men lezen dat zulke afspraken in België wijdverspreid zijn.<sup>37</sup> Ze komen voor

in individuele arbeidsovereenkomsten, maar ook en vooral in bedrijfstak- en ondernemingscao's en andere collectieve afspraken. Een dergelijke cao-bepaling wordt in België een ‘werkzekerheidsbeding’ genoemd; zij geeft de werknemer aanvullende ‘vastheid van betrekking’. Werkzekerheidsbedingen zijn dus bedingen die zijn opgenomen in collectieve arbeidsovereenkomsten, ‘waarbij de werkgevers zich tegenover de werknemers verbinden om hetzij de werkgelegenheid in de bedrijfstak of in de onderneming op peil te houden, hetzij de individuele werknemers bovenop hun wettelijke bescherming een aanvullende vastheid van betrekking of bestaanszekerheid te garanderen’.<sup>38</sup>

## Er bestaat nog een manier waarop de ontslagmacht van de werkgever beperkt kan worden en dat is bij overeenkomst. Werkgevers en werknemers kunnen zelf afspraken maken over de voorwaarden waaronder de arbeidsovereenkomst mag worden beëindigd

Wanneer men bij de bestudering van het Belgisch ontslagrecht deze werkzekerheidsbedingen geheel buiten beschouwing laat, dan is mijns inziens de kans groot dat er een incompleet beeld ontstaat. Dit geldt vooral waar het werkzekerheidsbedingen in cao's betreft, daar uit onderzoek is gebleken dat werkzekerheidsbedingen in cao's geen uitzondering zijn. Al vanaf de jaren 80 is het bekend dat in cao's clausules voorkomen die aanvullende regels rondom ontslag bevatten. Een in 2001 verricht onderzoek toonde nog aan dat in ongeveer 65 sectoren en subsectoren cao's met een werkzekerheidsbeding waren gesloten.<sup>39</sup> Rechtsgeleerden verwachten dat deze praktijk in België vandaag de dag nog levendig is.<sup>40</sup>

Het is om die reden passend om – al is het op deze plek op hoofdlijnen – te kijken naar de inhoud van die bedingen. Zoals eerder opgemerkt, kan ‘vastheid van betrekking’ onder uiteenlopende vormen worden toegekend. Wanneer echter naar de doelstelling van deze bedingen wordt gekeken dan is het mogelijk om ze in twee categorieën te verdelen.<sup>41</sup> De eerste categorie betreft cao-afspraken die

34 Art. 40 Arbeidswet. Voor Nederland zie art. 7:670 lid 2 BW.

35 Monserez 2010, p. 99.

36 Art. 6:669 BW. Dit geldt ook voor de opzegging tijdens de proeftijd, Van der Grinten 2011, p. 329.

37 Zie bijv. N. Thoelen, ‘Ontslagmacht aan banden: conventionele vastheid van betrekking. Recente ontwikkelingen van bedongen werkzekerheid’, *JTT* 2006, nr. 943, p. 145.

38 M. Rigaux, ‘Werkzekerheidsbedingen in collectieve arbeidsovereenkomsten’, in: M. Rigaux (red.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht* 4, Antwerpen: Maklu Uitgevers 1993, p. 444 e.v.

39 Thoelen 2006, p. 145.

40 Thoelen 2006, p. 145.

41 Naar onderscheid in Thoelen 2006, p. 146.

de uitoefening van de ontslagmacht door de werkgever verder beperken dan op grond van de wet het geval is.<sup>42</sup> Hieronder vallen bepalingen waarin bijvoorbeeld staat dat de werkgever zijn werknemers pas mag ontslaan nadat een bepaalde procedure is gevolgd. Ook een bepaling waarin de werkgever zich ertoe verbindt om de werknemers gedurende een bepaalde tijd niet te ontslaan, valt hieronder. In dit laatste voorbeeld hebben de werknemers een soort garantie dat ze niet zullen worden ontslagen. Deze groep cao-afspraken kunnen we *werkzekerheidsbedingen in strikte zin* noemen.<sup>43</sup> In de tweede categorie vallen afspraken over het op peil houden van werkgelegenheid in de bedrijfstak of in de onderneming. De afspraken in deze categorie kunnen we *werkzekerheidsbedingen in ruime zin* noemen, omdat ze in feite op indirecte wijze tot (meer) werkzekerheid leiden. Als voorbeeld kan een cao-bepaling worden genoemd waarin staat dat vacatures die ontstaan ingevuld worden door medewerkers die al in dienst zijn. Een ander voorbeeld is een cao-bepaling waarin het gebruik van uitzendarbeid (sterk) aan banden is gelegd door voor te schrijven dat uitzendkrachten slechts in uitzonderlijke gevallen en na instemming van de ondernemingsraad kunnen worden geworven. Bij deze tweede categorie is het voornamelijk de bevoegdheid van de werkgever om zijn onderneming naar eigen goeddunken in te richten die op sommige gebieden wordt beperkt en niet zozeer de ontslagmacht van de werkgever.

## In Nederland zien wij dat vooral sinds de financiële crisis de vakbonden bij cao-onderhandelingen inzetten op *werkzekerheid*

### 6 Werkzekerheidsbedingen in Nederland?<sup>44</sup>

Dit doet de vraag rijzen hoe het in Nederland gesteld is met 'werkzekerheidsafspraken' in cao's en dan vooral de werkzekerheid in strikte zin. Het ligt voor de hand dat ook in Nederland bij cao-onderhandelingen gesproken wordt over behoud van banen. Het is immers bekend dat 'werkgelegenheid' een belangrijk onderwerp is bij collectieve arbeidsvoorwaardenvorming in Europa: het is tegelijk het kader waarbinnen onderhandelingen gevoerd worden, als het onderwerp waarover onderhandeld wordt.<sup>45</sup>

In Nederland zien wij dat vooral sinds de financiële crisis de vakbonden bij cao-onderhandelingen inzetten op *werkzekerheid*, een term die in het afgelopen jaar veelvuldig in nieuwsberichten opduikt.<sup>46</sup> Verschillende vakbonden hebben laten weten dat werkzekerheid een van hun speerpunten is. Uit mijn onderzoek naar de inhoud van een aantal cao's – waarbij ik gebruik heb gemaakt van de steekproef gemaakt door het ministerie van SZW van 115 cao's afgesloten in het jaar 2010 – blijkt dat hieronder in de meeste gevallen worden verstaan maatregelen tot verbetering van inzetbaarheid van werknemers op de arbeidsmarkt door middel van scholing en maatregelen tot assistentie bij het vinden van een nieuwe baan (van-werk-naar-werk-trajecten). In de Nederlandse context betekent de term 'werkzekerheid' dus doorgaans iets anders dan in België.

## Soms gaan de Nederlandse vakbonden verder en vragen ze expliciete garanties met betrekking tot de werkgelegenheid

Soms gaan de Nederlandse vakbonden echter verder en vragen ze expliciete garanties met betrekking tot de werkgelegenheid.<sup>47</sup> In ruil voor loonmatiging of een grotere arbeidstijdflexibiliteit zijn de werkgevers in sommige gevallen bereid een werkgelegenheidsgarantie voor een bepaalde periode te geven. Dit is echter slechts in een klein aantal cao's het geval. Het is mogelijk dat in sociale plannen dit soort garanties in het kader van fusies en overnames vaker kan worden aangetroffen.

Een voorbeeld van een werkzekerheidsafpraak is in de cao van V&D te vinden. Daarin staat de volgende bepaling:<sup>48</sup>

'In combinatie met de overeengekomen 0% groei (...) en bij een gelijkblijvende economische situatie verwachten V&D B.V. en La Place B.V. dat er gedurende de looptijd van de cao (...) geen gedwongen collectieve ontslagen in de zin van de Wet Melding Collectief Ontslag zullen vallen.'

Het blijkt dat als er afspraken over werkgelegenheidsbehoud gemaakt worden, deze dan zeer 'voorzichtig' geformuleerd zijn. Hierboven zien we dat er het voorbehoud wordt gemaakt dat de economische situatie gelijk blijft. Een andere voorzichtige afspraak is te vinden in een bepaling waarin staat dat de werkgever de intentie heeft om niet tot ontslagen over te gaan. De partijen blijven

42 Rigaux 1993, p. 441-503.

43 Hoewel het buiten de strekking van dit artikel valt om in te gaan op de juridische kwesties rondom de werkzekerheidsbedingen, merk ik hier op dat in België discussie is geweest over de vraag of deze werkzekerheidsclausules in strikte zin wel geldig zijn. Zie daarover en andere juridische vragen bijv. Thoelen 2006.

44 Ik stel hier slechts de vraag in hoeverre werkzekerheidsbedingen in Nederland voorkomen en wat ze (ongeveer) inhouden. Het voert te ver voor deze bijdrage om de werkzekerheidsbedingen hier ook juridisch te analyseren, d.w.z. dieper in te gaan op aspecten als gebondenheid, afdwingbaarheid en naleving.

45 R. Hyman, 'European Industrial Relations: From Regulation to Deregulation to Re-regulation? The End of an Old Regime and the Struggle for a New Order', IREC 1999 Conference, Aix-en-Provence, te raadplegen via <http://ejd.sagepub.com/content/7/1/27.accessible-long>.

46 Bijv. bij cao-onderhandeling bij de NS waarbij de bonden werkzekerheid als speerpunt hebben: 'Vakbond pleit "treinschool"', *Trouw* 2 november 2010.

47 Zie bijv. 'FNV wil garantie voor werk bij Océ', *Limburgs Dagblad* 30 november 2010. 'De FNV wil (...) dat Océ per bedrijfsonderdeel het toekomstperspectief schetst en een werkgelegenheids-garantie van minimaal een jaar geeft'.

48 Zie preambule van de cao van V&D B.V. met de looptijd van 1 februari 2010 t/m 20 juni 2011.

uitdrukkelijk de mogelijkheid openhouden dat de omstandigheden wijzigen en dat ontslagen toch noodzakelijk blijken. In de cao van Philips is bijvoorbeeld te lezen:<sup>49</sup>

‘Werkgeefster zal tijdens de duur van deze cao niet overgaan tot collectief ontslag van medewerkers, die op het moment van afsluiting ervan in dienst zijn, dan wel tijdens de duur ervan in dienst treden, tenzij bijzondere omstandigheden hiertoe noodzakelijk zijn.’

Op basis van het onderzoek naar cao's dat ten behoeve van dit artikel is uitgevoerd kan geconcludeerd worden dat ‘werkzekerheidsafspraken’ in Nederland in de meeste gevallen over scholing en van-werk-naar-werk-trajecten gaan, en in uitzonderlijke situaties een verplichting inhouden om niet tot het verlenen van ontslag over te gaan. Cao-afspraken die gericht zijn op behoud van banen en die daarmee een aanvullende bescherming tegen ontslag bieden, zijn in Nederland niet zo wijdverspreid als in België.

## 7 Verklaring

Wat zou hiervoor een verklaring kunnen zijn? Rechtsgeleerden constateren dat de wijze waarop op grond van de wet de werknemers beschermd worden tegen ontslag in België als ontoereikend wordt ervaren en dat om die reden veel afspraken hierover in (individuele en) collectieve overeenkomsten worden gemaakt.<sup>50</sup> Sommigen vermoeden dat het bestaan van de werkzekerheidsbedingen ook te maken heeft met de toegenomen vraag naar arbeidsflexibiliteit onder de werkgevers.<sup>51</sup> De werkzekerheidsbedingen zijn dan een tegenprestatie voor de flexibiliteit (in tijd of loon) die de werknemers moeten opbrengen. Soms wordt ook op ondernemingsniveau werkzekerheid als compensatie geboden voor het meewerken aan een reorganisatie.

**Wanneer de vakbonden sterk genoeg zijn zullen zij trachten de werknemers verder tegen ontslag te beschermen wanneer de wettelijke bescherming als onvoldoende wordt ervaren**

Een verklaring voor de constatering dat in Nederland werkzekerheidsbedingen (zoals hier omschreven) veel minder vaak voorkomen zou kunnen zijn dat hier aan de kant van de werknemers minder behoefte bestaat

aan zulke overeenkomsten vanwege de ‘strikttere’ wettelijke ontslagbescherming. Men zou kunnen zeggen dat de Nederlandse werknemer met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd voldoende wordt beschermd tegen ontslag en dat daardoor de prioriteiten bij cao-onderhandelingen elders liggen. Bij gebrek aan empirisch onderzoek blijft het echter gissen naar de oorzaken. Ook andere factoren kunnen immers in de verklaring betrokken worden. Belgische vakbonden hebben bijvoorbeeld meer leden. Daardoor zijn ze wellicht ‘machtiger’ dan de Nederlandse bonden, waardoor het ze eerder lukt om zulke afspraken te maken. Het is ook mogelijk dat de Belgische werkgevers meer dan de Nederlandse bereid zijn om afspraken over verdere ontslagbescherming te maken. Het is naar mijn mening aannemelijk dat de verklaring te maken heeft met het ontslagrecht in de landen zelf én de onderhandelingsmacht van de vakbonden. De hypothese op basis van deze rechtsvergelijking zou dan zijn: wanneer de vakbonden sterk genoeg zijn zullen zij trachten de werknemers verder tegen ontslag te beschermen wanneer de wettelijke bescherming als onvoldoende wordt ervaren.

**Een conclusie die uit het bovenstaande getrokken kan worden is dat beide systemen vrij ingewikkeld in elkaar zitten. Dat is dan ook één van de redenen waarom ze al een lange tijd ter discussie staan**

## 8 Tot slot

Een conclusie die uit het bovenstaande getrokken kan worden is dat beide systemen vrij ingewikkeld in elkaar zitten. Dat is dan ook één van de redenen waarom ze al een lange tijd ter discussie staan.<sup>52</sup> Het ligt om die reden niet voor de hand dat Nederland veel kan leren van België op dit terrein. De twee buurlanden gaan bovendien principieel anders met ontslag om. In Nederland worden de redenen voor ontslag vooraf getoetst door de rechter of door het UWV, terwijl in België de werkgever de arbeidsovereenkomst kan opzeggen door dit simpelweg bekend te maken aan de werknemer. Hij moet daarbij wel de opzegtermijn in acht nemen, maar hij hoeft het ontslag in beginsel niet te motiveren. De figuur van het ‘willekeurig ontslag’ en de

49 Zie art. 10.1 lid 2 van de cao van Philips met de looptijd van 1 januari 2010 t/m 30 juni 2011.

50 Thoelen 2006, p. 146.

51 M. Rigaux, ‘Collectief bedongen werkzekerheid: een vrije reflectie over de grenzen van de subsidiariteit’, in: M. Rogaux & W. Rauws (red.) *Actuele problemen van het arbeidsrecht 8*, Antwerpen: Intersentia 2010, p. 707.

52 Zie voor Nederland bijv. het voorontwerp van het initiatiefwetsvoorstel van Kamerlid Koser Kaya tot wijziging van het ontslagrecht: <http://www.verenigingvoorarbeidsrecht.nl/downloads/virdjcl324c.pdf>. Zie hierover ook Ruben Houweling, ‘Who’s afraid of Rood, Donner en Koser Kaya? Over eenheid in ons duaal ontslagstelsel’, AA 2011, p. 789 (AA20110789).

ontwikkeling van 'beschermde werknemers' hebben de ontslagvrijheid van de werkgever echter wel ingeperkt.

**Als de wettelijke bescherming niet toereikend is, is de kans groot dat de bescherming tegen ontslag onderdeel van de (collectieve) onderhandelingen wordt. Het is mijns inziens goed om dat gegeven in de discussie over het ontslagrecht mee te nemen**

In België spelen cao's echter een grotere rol bij de bescherming tegen ontslag dan in Nederland. De cao's veranderen niet de uitgangspunten van het Belgische ontslagrecht, maar zij kunnen wel de eigenlijke rechtspositie van een individuele werknemer aanmerkelijk beïnvloeden. In die zin laat de Belgische praktijk wel zien hoe de werkgevers en de werknemersvertegenwoordigers naar manieren zoeken om de ontslagbescherming te vergroten. Als de wettelijke bescherming niet toereikend is, is de kans groot dat de bescherming tegen ontslag onderdeel van de (collectieve) onderhandelingen wordt. Het is mijns inziens goed om dat gegeven in de discussie over het ontslagrecht mee te nemen.

---